



## 1. EN EL TÚNEL DEL TIEMPO

En cualquier ocasión es siempre saludable meditar sobre la esencia de las cosas y, en nuestro caso, sobre lo que sea y para lo que sirva el Derecho, un “ars” o arte, en la vieja definición latina, no una ciencia<sup>1</sup> sino una “tecné” o técnica en el lenguaje de nuestros días, para la composición de intereses en conflicto<sup>2</sup>, sublimando la violencia física a campo abierto en confrontación dialéctica sobre un estrado, con una estructura dramática y una vocación de espectáculo. No se olvide que hace tres mil años, en la Grecia clásica, bajo este mismo sol mediterráneo, entre la vid y el olivo, nacieron a la vez, en un parto deslumbrante y conmovedor, el teatro y el juicio, bajo el manto de la retórica en su más noble acepción y con un sentido colectivo, democrático en suma, puesto que, en el escenario o en el estrado, el verdadero protagonista es el espectador, el público, junto al juez y al reo, el autor y

1. J. H. VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es Ciencia*, Traducción española y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra, 20ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1961.

2. Prólogo al libro de Ángel ORTEGA GARCÍA, *Los deberes y cargas en la legislación urbanística*, Editorial Montecorvo, Madrid 1974, págs. 11-17.

el actor. De aquí, el apasionante interés dramático de tantos juicios o la utilización del marco judicial y la estructura procesal en películas o en obras teatrales. En unos y otras el lenguaje juega su pirotécnica hasta confundir o trasvasar la terminología. La “persona”, por ejemplo, nace en la escena para instalarse definitivamente en el mundo jurídico. Por otra parte, sin la publicidad de los debates judiciales no puede hacerse auténtica justicia<sup>3</sup>. Cuando el ujier abre las puertas de cada Tribunal, es el pueblo español quien entra y contempla a sus jueces y quien los juzga también para poder así respetarlos. Cobra trascendencia desde tal perspectiva el mandato constitucional de que los juicios se celebren en audiencia pública<sup>4</sup>.

Una mirada al retrovisor de la Historia nos lleva al siglo de Pericles. No se había perdido el recuerdo de Solon, paradigma de legisladores, elegido arconte en el año 594 antes de nuestra era, cuando irrumpe el Teatro, donde se plantean los más trascendentes problemas de la filosofía jurídica. Esquilo en las “Euménides” ofreció una nueva solución al trágico dilema entre la ley de los dioses y la ley de los hombres haciendo prevalecer ésta. Así ocurre cuando el Areópago, ante el que se había presentado Orestes, empujado a dar muerte a su madre para vengar la sangre de su padre, asesinado por ella y su amante (Hamlet) le absuelve. Este juicio es una estampa histórica inigualable que nos permite conocer el Derecho ático en vivo. Por su parte, Sófocles, en el

3. *Función judicial y jurisprudencia popular*, conferencia pronunciada en nombre de la promoción salida el año 1950 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, en el libro “Recuerdos de mi Promoción Universitaria”, Madrid 1976, págs. 163-78.

4. El Tribunal Constitucional ha dicho al respecto que “no cabe, pues, un proceso clandestino o secreto, sino con luz y taquígrafos, con publicidad, que es una exigencia constitucional” (STC 65/1995). En consecuencia, “el juicio en audiencia pública es una exigencia inmanente a la potestad de juzgar” y “no caben por tanto procesos clandestinos” (STC 17/1997), Actualidad Administrativa, n° 23/1977, págs. 1569-98. Algo después ha insistido en que “no caben procesos, total o parcialmente clandestinos (SSTC 77/1997 y 216/1997).

segundo coro de la “Antígona” expone el conflicto entre la autoridad del Estado y la ley no escrita de una tradición religiosa antigua y venerable. Con Eurípides, más tarde, quedará trasnochado el antiguo concepto de la culpa como algo completamente objetivo que es consecuencia de la maldición de los dioses. El dramaturgo expone la apasionada conciencia subjetiva de la inocencia de sus héroes frente a la escandalosa injusticia del destino. Este cambio de perspectiva pasa desde el escenario teatral a los estrados judiciales como también baja la retórica al ágora, porque el teatro —espectáculo completo con poesía, música y danza— no era un espacio cerrado sino abierto y sin solución de continuidad con el resto de la “polis”. Se es a la vez ciudadano en la calle o la plaza donde se celebre el juicio, y espectador en el anfiteatro.

A la vez que el teatro nacen los Tribunales, la “heliea” y el areópago, compuestos de 6000 ciudadanos distribuidos en diez cámaras o dicasterios de 500 titulares y 100 reservas, nombrados por sorteo y remunerados con dietas de dos óbolos, el jornal medio de un ateniense. El proceso es público sobre la estructura dialéctica del principio de contradicción, con un debate entre demandante y demandado o acusador y acusado, que se defendían a sí mismos, aun cuando con la ayuda de especialistas de la retórica, cuya función consiste en escribir el alegato o discurso para ser dicho de memoria por el interesado. El reparto de los asuntos entre los dicasterios se hacía también por sorteo y puesto que cualquier ciudadano podía ser juez, no jurado como a veces se dice, cualquiera también podía ser acusador, sin que hubiera un equivalente institucional del fiscal. Ante la “heliea” se podía plantear también un recurso contra las leyes por su injusticia o inconstitucionalidad (“*grafê paranomai*”) que podía desembocar en su derogación.

Por su parte, la comedia ática es el “espejo de la vida” y, como tal, la más completa pintura histórica de su tiempo. Nos muestra la realidad con un gran sentido de la observación y un talante

crítico desde la entraña profunda del pueblo. Uno de sus artífices, contemporáneo del sistema judicial descrito, Aristófanes, contemporáneo también de Sófocles y Eurípides nos devuelve la imagen real aunque deformada demagógicamente hasta la caricatura, en su comedia “Las Avispas”, cuyo enjambre hace de coro, comedia estrenada el año 422 a. de C. Se saca a la heliea de su edificio en el ágora para instalarla en el escenario, ante todo el pueblo ateniense, y hacerlo vivir. El sistema judicial es malo y, además, caro, aunque responda a la idiosincrasia de los atenienses cada uno de los cuales desearía tener su propio tribunal y celebrar los juicios en su casa. “Cuando el Consejo y el Pueblo no saben cómo resolver algún asunto importante, lo defieren a los jueces, a pesar de ser prepotentes y altaneros, prosopopéyicos y parciales, por demagogos, desconfiados y con una veta de sadismo, pues disfrutan con las lágrimas y los lamentos de los acusados y condenando a troche y moche y absolviendo por inadvertencia. Tienen, como viejos, mal carácter y mal de orina, pero aman su oficio, gimen si no se sientan en el primer banco, viven “agarrados al pilar” y piden ser enterrados “bajo la valla del tribunal”, juzgando cada vez más ¿Qué ser hay más feliz y envidiable que un juez? Tiene poder, gana un salario, infunde temor, es objeto de adulación y está exento de rendir cuentas de su gestión. ¿Me equivoco en serlo?, pregunta el protagonista y por lo mismo el coro tacha de mal ciudadano a quien proponga suprimir los juicios. Ahora bien, el que dijera “antes de oír las palabras de los dos no puedes juzgar”, era un sabio<sup>5</sup>.

5. ARISTÓFANES, *Las avispas. La paz. Las aves. Lisístrata*. Edición de Francisco Rodríguez Adrados, 4ª ed., Letras Universales, Cátedra, Madrid 1997, págs. 43 y ss.



## 2. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES Y DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO

En un vertiginoso regreso por el túnel del tiempo, como un reportaje televisivo, me encuentro ahora en la inauguración de un mandato presidencial de los recién nacidos Estados Unidos de América. Washington, 1801. Cuando el Presidente electo Thomas Jefferson<sup>6</sup> levanta la mano derecha para jurar el cargo frente a la figura togada de su archienemigo, el larguirucho “Chief Justice” John Marshall, nombrado –poco tiempo ha– para presidir el Tribunal Supremo por el saliente, John Adams, no puede imaginar la revolución que se avecina, a golpe de sentencias, hasta construir con ellas los sólidos cimientos de una nación, haciendo verdad el lema “*pluribus in unum*”. Para ello hará de un cachivache institucional, con doce años de vida vegetativa y sin sede propia, alojado en los bajos del Capitolio, que su primer presidente John Jay, había abandonado por inocuo, el más poderoso Tribunal del mundo<sup>7</sup>. Le bastará un caso mínimo, porque sólo quienes no son jueces ignoran que “*imaginatio facit casum*”, aun cuando primero había cuidado de concertar las voces plurales de los jueces, sustituyendo el uso inglés de que cada cual expresara individualmente su opinión cuya suma, según cada signo, daba el fallo, por la opinión del colegio o de su mayoría, expresada por una sola voz –generalmente la suya–, con posibilidad de exteriorizar las opiniones discrepantes. Así templado el orfeón, no tardará en tener ante sí la partitura de un motivo nada espectacular<sup>8</sup>.

6. Frank L. DEWEY, *Thomas Jefferson Lawyer*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1986. Saul K. PADOVER, *Jefferson, a great american's life and ideas*, Penguin Books Inc., New York 1994.

7. Felix FRANKFURTER, “Mr. Justice Brandeis and Constitution”, en *Mr. Justice Brandeis* (1923), pág. 125.

8. Max LERNER, *Nine scorpions in a bottle*, edited by Richard Cummings. Arcade Publishing, New York 1994. Bernard SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Ed. Civitas, Madrid 1980.

El caso *Marbury v. Madison* ha sido expuesto y analizado mil y una veces. La sentencia fue dictada en el mes de febrero de 1803 y las deliberaciones tuvieron como escenario una desangelada habitación de apenas ocho metros por diez, en los sótanos del Capitolio, realquilado, donde funcionó el Tribunal Supremo siete años, entre 1801 y 1808. El año 1860 mejoró notablemente de “habitat”, aun cuando también en precario, trasladándose a la llamada “Vieja Cámara” del Senado cuando éste lo hizo a más amplias instalaciones, en la planta baja. El nuevo espacio era más ancho pero seguía siendo ajeno. Ninguno de los magistrados tenía despacho propio y compartían una sala de juntas, otra saleta de togas, la biblioteca y la sala de audiencia que era el que hasta entonces había servido de salón de sesiones senatorial. Un nuevo edificio propio para el Tribunal estaba en proyecto pero no sería inaugurado hasta 1935<sup>9</sup>. Bien es verdad que por el momento no parecía merecer mejor albergue. Aunque tenía ya una década de vida sólo había resuelto 115 casos. Su primero y tercer presidente estuvieron ausentes, uno en Inglaterra y otro en Francia, más de un año cada uno sin que se notara gran cosa. El segundo, John Rutledge, procedente de Carolina del Sur, había visto rechazado su nombramiento por el Senado. Estaba muy lejos, pues, del prestigio y autoridad que llegaría a alcanzar cuando 34 años más tarde John Marshall murió y no prometía convertirse en el Tribunal más poderoso de la tierra<sup>10</sup>.

9. Mark CURRIDEN y Leroy PHILLIPS, JR, *Contempt of Court*, “The turn-of-the century lynching that launched a hundred years of federalism”, Faber and Faber, Inc. Farrar, Straus and Giroux, New York 2000, págs. 4 y 8-9.

10. Kermit L. HALL, ed. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, New York-Oxford 1992, voces *Marbury v. Madison*, *Madison* y *Marshall*, págs. 517-18 (Robert A. Rutland), 521-23 (Herbert A. Johnson) y 523-26 (R. Kent Newmyer).

Nicolás PÉREZ SERRANO, *La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall)*, Discurso leído en la Junta Pública del martes 25 de octubre de 1955 para inaugurar el curso académico 1955-56, Real Academia de Ciencias Mo-

Nació pues, en 1803, la justicia constitucional que consiste en la revisión judicial de las leyes y de los actos del Gobierno<sup>11</sup>, como una manifestación más de la función jurisdiccional, al hilo siempre del caso concreto, vivito y coleando, sin abstracción alguna, en manos de todos los jueces, aunque la última palabra fuera dicha por el Supremo. No hay esquizofrenia funcional, ni dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, ni dos dimensiones normativas simétricas, ni dos justicias, la constitucional y la material. No hay posibilidad, pues, de tensiones o conflictos. La “ley suprema” y las demás están unidas indisolublemente en un conjunto que se explica recíprocamente. Esta hazaña (ya que “fazañas”, en el castellano de los jueces de Castilla, se llamaban sus sentencias), fue posible por un cúmulo de factores convergentes, entre los que cuentan la concepción del “common law” con un alcance trascendente y el contexto en el cual se elabora la Constitución, donde se suscitó esa posibilidad, aunque no faltaran voces discrepantes<sup>12</sup>. Ahora bien, la sucinta Constitución no

rales y Políticas, Madrid 1955. También Carlos RUIZ DEL CASTILLO, *Derecho Político*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1939, págs. 698 y ss.

11. Sobre el segundo elemento de ese binomio, la revisión judicial de los actos del Gobierno, que no es un tema aquí y ahora, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid 1995, así como Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid 1996; y Montserrat CUCHILLO FOIX, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano* (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), Escola d'Administració Pública de Catalunya, Ed. Civitas, Madrid 1996.

12. No faltaron tampoco quienes opinaran lo contrario, el más caracterizado de los cuales fue Jefferson para quien “It is a very dangerous doctrine to consider the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions. It is one which would place us under the despotism of an oligarchy” (Carta a W.C. Jarvis, 28 septiembre 1820). Sus palabras traen el eco de otras del Rey Jacobo de Inglaterra cuando, en su disputa con Lord Coke, que predicaba la supremacía del “common law”, acusó a los jueces de utilizarlo para imponer su propia interpretación de él. Catherine DRINKER BOWEN, *The Lion and the Throne*, pág. 261.



acoge esta solución (pero tampoco la rechaza, se dirá luego) en su Artículo III, dedicado a la rama judicial, con seis escuetos párrafos, solución que no nace, pues, “*ex nihilo*” pero sí inventa o encuentra el Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva teórica, aun cuando hincada en esa misma raíz, ya en 1761 había dicho James Otis<sup>13</sup> que todo acto contrario a la Constitución es nulo y Hamilton, en 1788, desde el concepto de “Constitución limitada” explica que las limitaciones constitucionales “no pueden ser preservadas en la práctica sino por medio de los Tribunales de Justicia cuya función ha de consistir en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifestado de la Constitución, sin lo cual todo derecho quedaría en nada. Alguna perplejidad puede producir la función de los Tribunales para un tal pronunciamiento –anulación de los actos legislativos– por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del judicial sobre el poder legislativo. No es así. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido porque significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo. Los Tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a ésta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es el propio y peculiar ámbito de los Tribunales. Una Constitución es en realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental”<sup>14</sup>.

Es paradójico, sin embargo, que ese freno actuara, a la vez, como fuerza de cohesión para constituir un poder federal efectivo, ante el peligro de disgregación que significaba la práctica, hasta entonces existente, de que los Estados pudieran declarar unilateralmente, por sí y ante sí, la inconstitucionalidad de las leyes de la

13. *Argument against the Writs of Assistance*.

14. Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *The Federalist Papers*, editados por y con una Introducción de Clinton Rossiter, A Mentor Book, Penguin Group, New York 1961, págs. 466-67, párrafo n° 78 escrito por Hamilton.



Unión. Esta fue la prerrogativa que el Supremo se arrogó, expropiándola a quienes a la sazón la detentaban. Por ello, no le falta razón a Louis B. Boudin cuando dice que “la revisión judicial tal y como la conocemos es primariamente una creación de la posguerra civil y que *Marbury v. Madison* estableció tan sólo el poder del Tribunal para determinar su propia jurisdicción”<sup>15</sup>. Aunque así fuera no sería poco.

En aquella época, llega a Estados Unidos un español ilustrado, don Valentín de Foranda, mediada su vida o casi viejo para entonces —tenía 52 años—. El 3 de enero de 1802 está ya en Boston, después de 54 días de navegación, como Cónsul General, estableciéndose en Filadelfia, donde permaneció ocho años y los treinta meses últimos como Encargado de Negocios. Desde este palco proscenio, en el corazón del nuevo país, a pocos años de su fundación y con sus protagonistas en acción, este vasco perspicaz observa lo que sucede a su alrededor con curiosidad y lo escribe objetivamente, sin ocultar su admiración la mayor parte de las veces. Conoce bien y describe el sistema judicial norteamericano, cuyos “Jueces ordinarios (que) son, por decirlo así, los depositarios y los intérpretes del Derecho”. “Por la institución de los Jurados el poder iudiciario no sólo está fuera de las manos del mismo Juez”. No escasea elogios al “*habeas corpus*” ni al régimen penitenciario. “Las Cárceles de Philadelphia y sobre todo la de Nueva York y sus reglamentos son dignos de imitarse”. “Habiendo analizado qué quiere decir Nobleza, he descubierto qué significa: El Abogado, (aunque) entran también en la primera nobleza los médicos”. En un boceto de la Constitución “principal”, como llama a la federal, el curioso impertinente destaca los principios de igualdad y de libertad, sobre todo las de religión y prensa que “según se experimenta aquí, no es libertad sino una licencia desmesurada, un frenesí”, y pronostica “una Revolu-

15. Louis B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, vol. 2, 1932, págs. 230-31. CORWIN, *Court over Constitution*.

ción”, “una erupción que cubra de cenizas y sangre este extendido país”, profecía que se cumplió medio siglo después, dando lugar a la guerra de Secesión, y pone el dedo en la llaga del peligro cesarista que acecha en el presidencialismo. Digo todo esto para poner de manifiesto dos cosas, lo mucho que sabe Foronda de la trama y urdimbre jurídicas y algo significativo por ello mismo, la nula atención que presta al Tribunal Supremo, cuyo nuevo papel y auge, una vez dictada la sentencia en el caso *Marbury v. Madison* parece desconocer o no apreciar en su trascendente significado, sentencia que no cita. El silencio es una muestra de que pasó desapercibida en la calle, incluida la prensa.

Pues bien, aun así y recluida en el círculo iniciático de la nueva capital, Washington D.C., pocos saben que la revisión de las Leyes estuvo a punto de perecer a manos de su mismo creador. Cuando el 4 de febrero de 1805 en el ala norte del Capitolio, única construida por entonces, el portero mayor del Senado de los Estados Unidos dio las voces de rigor –“Oyez, Oyez, Oyez”– para anunciar la audiencia pública, se abrió el juicio de responsabilidad contra Samuel Chase, magistrado del Tribunal Supremo acusado por la Cámara de Representantes, un proceso que pudo haber cambiado radicalmente la jurisprudencia y quizá hasta la Historia de ese país. Al fondo de la gran sala estaba el sitio de quien presidiría las sesiones por imperio de la Constitución, Aaron Burr, Vicepresidente de la República, y a ambos lados, en dos filas de escaños con pupitres cubiertos de terciopelo tomaron asiento los treinta y cuatro senadores que, constituidos en Corte, juzgarían al procesado, dos por cada uno de los trece estados fundadores y dos por los recién creados de Vermont, Tennessee, Kentucky y Ohio. Los miembros de la Cámara de Representantes, Cuerpo colegislador que acusaba a Chase, se sentaban en tres gradas de bancos, desde el muro al centro de la Sala, cubiertos con paño verde. A su derecha, un pequeño enclave había sido construido para uso de los miembros del Gabinete del Presidente Jackson. Al otro lado del pasillo

desde el solio presidencial a la puerta de la calle había una mesa y sillas cubiertas con paño azul. Una estaba ocupada por los parlamentarios que iban a llevar la acusación por la Cámara de Representantes y la otra por los abogados del acusado. A la espalda estaba la galería permanente para el público, pero para este evento había sido construida otra provisional cubierta de paño verde y llena de damas de la buena sociedad.

Este proceso tenía muy preocupado al presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, animal político a quien asustaba el impacto que pudiera producir en la institución la condena de uno de sus magistrados. Buena muestra es la carta que dirigió a Samuel Chase en enero de 1804, mientras la Cámara de Representantes estaba votando el pliego de cargos, carta en donde el autor ponente de la Sentencia *Marbury v. Madison* aparece dispuesto a abandonar la doctrina de la revisión judicial de las leyes, permitiendo al Congreso revocar las decisiones judiciales que le importunasen a cambio de abandonar la acusación constitucional como arma contra los autores de tales decisiones. El astuto hombre de Estado que era Marshall daba un paso atrás, permitiendo que la institución se doblase como el acero para evitar que se quebrase en pedazos. Por fortuna el Senado absolvió a Samuel Chase en un ejercicio admirable y ejemplar de prudencia política. La absolución trazó la frontera para el uso apropiado de la potestad congresual de acusar y despojar de su investidura a un juez. El mismo Presidente Jefferson, enemigo de la revisión judicial de las leyes, lo reconoció así inmediatamente declarando que la acusación constitucional era un “espantapájaros” que nunca más sería utilizado. Este caso tuvo un profundo y beneficioso efecto sobre la judicatura norteamericana, consolidando la independencia judicial no sólo por eliminar cualquier supervisión del Congreso respecto de las decisiones de los jueces sino también por cerrar el paso a la tentación de perseguirlos por ellas.



### 3. EL NACIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En Europa, el viejo continente, las cosas eran muy distintas en este y en otros órdenes. Los “justicias” habían nacido en todos los países como delegados del Rey, supremo juez, con posibilidad teórica de avocar cualquier pleito o de juzgar personal y expeditivamente en única instancia hasta el límite de la Edad Media y el Renacimiento, como todavía lo hizo Isabel I de Castilla, la Católica. Eran en la terminología de Weber, comisarios reales y emanación de la realeza con reflejo en su propio nombre (merinos, adelantados, corregidores, Cortes, Chancillerías y Audiencias), en su nombramiento y retribución y en sus funciones. Esto es así en toda Europa y para muestra basta un botón. En Inglaterra, sin ir más lejos, los jueces sólo son delegados del Rey, dice Bancroft y nada menos que Sir Francis Bacon compara a “los doce jueces del reino con los doce leones del Trono de Salomón. Deben ser leones, pero bajo el trono, conscientes de que no pueden fiscalizar o contradecir ningún aspecto de la soberanía” porque, en definitiva, “*Rex est lex loquens*”<sup>16</sup>.

En Francia el Rey es juez por ser rey. Carlos V, en su lecho de muerte, dijo que en la Corona reside el “misterio de la justicia”. Todos los súbditos del reino están sometidos a la justicia real o regia. El rey configura a su albedrío las competencias y sus titulares, cambia los asuntos de un tribunal a otro o las juzga por si mismo o por delegados que nombra al efecto. Cualquiera puede tener la función de juzgar (“*munus iudicandi*”) pero solo él tiene el poder<sup>17</sup>.

Por lo que hace a España, la Administración, empezando por la Hacienda se somete desde muy temprano —el siglo XIII— a los

16. Catherine DRINKER BOWEN, *The Lion and the Throne*, “The Life and Times of Sir Edward Coke”, 1552-1634, Hamish Hamilton, London 1957.

17. Paul OURLIAC, *La puissance de juger: Le poids de l'Histoire*, en “Droit”, revista francesa de teoría jurídica, n° 9, abril 1989, sobre el tema “La fonction de juger”, pág. 29.



jueces, que actuaban con independencia y firmeza frente a los oficiales del Rey<sup>18</sup>, y éste utilizaba a las Audiencias en Ultramar para limitar y controlar a los Virreyes, Capitanes generales y Gobernadores. Ahora bien, Corregidores y Oidores en los Tribunales de los Consejos jamás pondrán en entredicho el Poder Soberano como tal, cuya legitimidad y extensión son indiscutibles. Nada más expresivo para condensar lo dicho que el castellano sentencioso de nuestro teatro del Siglo de Oro. En “Como padre y como Juez”, de Montalbán, uno de los personajes dice:

“El juez, Octavio, ha de ser  
juez, sin tener dependencia  
más que de Dios y de sí  
y del Rey...”<sup>19</sup>.

El más alto magistrado del Reino después del Rey por ser Presidente del Consejo de Castilla, don Diego de Covarrubias, escribe también a finales del siglo XVI (en la misma época) que allí el Rey poseía la jurisdicción máxima o “Mayoría”, como juez supremo, intransmisible e inalienable, aunque conceda a los nobles o prelados la jurisdicción en instancia.

Sin embargo, será un francés, Alexis de Tocqueville<sup>20</sup>, quien descubra “La democracia en América” y, entre sus piezas, el original invento del juicio de constitucionalidad, casi en la mitad del siglo XIX y otro, André Blondel, quien por el año 1926,

18. Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *La Contaduría Mayor de Cuentas*, Revista de Derecho Judicial, y separata, n° 25, enero-marzo 1966, págs. 11-35.

19. Manuel GALLEGO MORELL, *El Derecho Procesal en el Teatro del Siglo de Oro /El Alcalde de Zalamea*, Universidad de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, Mérida 1987, pág. 7.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *El Derecho y sus colindancias en el Teatro de don Juan Ruiz de Alarcón*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, julio-septiembre 1949, Imprenta Universitaria, México 1949.

20. Alexis DE TOCQUEVILLE, *La Democratie en Amérique*.

propugnaría su trasplante<sup>21</sup>. Ahora bien, un austriaco, Hans Kelsen, más de un siglo después, fue quien –como Colón, que encontró un nuevo mundo sin llegar a enterarse del todo, buscando Cipango y Catay– construyó una teoría, descubriendo por su cuenta la pólvora, con la cual convenció a sus contemporáneos para que se creara la justicia constitucional en manos de un Tribunal “*ad hoc*” con una composición que no suscitara el recelo del Poder, para un juicio abstracto de norma contra norma, desligado de cualquier supuesto concreto de aplicación<sup>22</sup>.

La revisión judicial de las leyes y de los actos del Gobierno que surgen simultáneamente en el caso Marbury v. Madison prenderán a este lado del Atlántico, aunque con distinto calendario y muy distinto ritmo. En la Francia revolucionaria, también a finales del XVIII, las Leyes de 22 diciembre de 1789 y de 16-24 de agosto de 1790 vedan el llevar a la Administración ante los Jueces. Las reclamaciones contra sus actos habrán de residenciarse ante ella misma, por medio de órganos “*ad hoc*”, que diez años después lo será el Consejo de Estado –el año VIII– con “jurisdicción retenida” en manos del Jefe del Estado, hasta que en 1872 se le confíe la decisión a aquél, “delegándole” la jurisdicción. Nace así lo contencioso-administrativo, en un caldo de cultivo autoritario que paradójicamente se convertirá en una potente garantía del ciudadano. Su formación a lo largo del siglo, por un itinerario evolutivo que lleva desde la función consultiva a otra jurisdiccional sin su soporte propio, el Juez y se extiende por el continente como el Código civil de Napoleón, en las mochilas de sus soldados, ha ejercido una atracción magnética en los países del entorno que ha durado hasta hoy, influyendo en la confi-

21. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Etude critique comparative: États Unis-France)*, “Sirey”, Paris 1926, pág. 8.

22. Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution: Justice Constitutionnelle*, *Revue de Droit Public*, abril-junio 1928, págs. 233 y ss.

guración de gran parte de los procesos a cargo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En España, cuya tradición era, como antes dije, el sometimiento de la Administración y, especialmente, de la Hacienda a las Chancillerías o Audiencias y a los Tribunales de Oidores en los varios Consejos del sistema polismodial o simodiárquico, la trayectoria será muy distinta. Las Leyes de 2 de abril y 16 de septiembre de 1845, en la “década moderada”, establecen lo contencioso-administrativo con carácter retenido, según el modelo francés, en manos del Rey con el Gobierno que dicta la Sentencia, asistido del Consejo Real, más adelante de Estado, que la prepara<sup>23</sup>. La “Gloriosa” revolución de 1869 trasplanta el tinglado entero al Tribunal Supremo y a las Audiencias, planta que asume la primera Ley –provisional– del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870. La Restauración volverá en 1875 al sistema anterior que, sin embargo, está ya tocado de ala. En efecto, la Ley de 13 de septiembre de 1888, propugnada por Santamaría de Paredes, configura una auténtica jurisdicción “delegada” en un Tribunal Contencioso-administrativo y los Provinciales que en 1894 se encuadrará en el Consejo de Estado y en 1905 pasarán al Tribunal Supremo (Sala Tercera) y a las Audiencias Territoriales. En estas se crearán, el año 1956, las Salas de lo Contencioso-administrativo, consumando así la plena judicialización<sup>24</sup>.

23. Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea*, “Revista de Administración Pública” n° 49, enero-abril 1966, págs. 101-141.

24. Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *El principio de unidad jurisdiccional y lo contencioso-administrativo*, RAP n° 64, págs. 337-387. *Implantación de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, “Información Jurídica” núm. 307, octubre-diciembre 1970, págs. 47-69.

También, *Pasado, presente y futuro de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en “El proceso contencioso-administrativo”, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1994, págs. 39-70.

La revisión judicial de las leyes lleva un ritmo distinto y es un fenómeno más tardío. Aun cuando, como antes dije, Blondel predicara sin éxito alguno el trasplante del sistema norteamericano a su país, será un austriaco quien ofrezca la solución que se demostrará viable, Hans Kelsen, desde la cima de su construcción piramidal<sup>25</sup> del Derecho como una estructura lógica, sin carne ni sangre. Kelsen parte de una premisa irreal consistente en la convicción de que en la formulación de la Ley no juegan intereses o valores, e incluso prejuicios, de quienes la hacen y la imponen, concepción deshumanizada muy semejante a la que pretendió convertir al Juez en la voz automática, aséptica y asexuada de la Ley. Imagina así un juicio de constitucionalidad, aun cuando nunca lo llame así, que consiste en comprobar si la Ley ordinaria, como tal norma abstracta, está acorde o en contradicción lógica con la norma abstracta de la Ley Suprema, depurando el ordenamiento jurídico de imperfecciones perturbadoras. Se trata, pues, de una escueta contradicción lógica entre normas abstractas, desligada de cualquier caso concreto, lo que separa esta operación de la potestad de juzgar, y lejos también del enunciado sustantivo de aquéllas, lo que la separa de la función legislativa. Para esto se configura un Tribunal único, con una jurisdicción concentrada y una composición para la oportunidad, sin jueces profesionales, con el propósito de no despertar la desconfianza del Poder, que consigue. Sin la gracia torera de la faena judicial de Marshall, con la andadura sólida y desgarrada de un elefante jurídico, Kelsen consigue lo posible a su manera y su invento entra por la puerta grande de la Constitución de Austria de 1920.

En el período de “entreguerras” que comprende apenas veinte años, pero vividos con una gran intensidad, el artillugio se extiende con cierta parsimonia. La tercera década de nuestro siglo constituye una etapa de transición, una infancia despreocupada

25. La metáfora es del propio Hans Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho (Método y conceptos fundamentales)*, traducción y prólogo de Luis Legaz y Lacambra, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, págs 52 y ss.



tras el doloroso alumbramiento de 1914. Son los “felices años veinte”, en los que conviven “Babbitt” y muchos negros de alma blanca a la luz de las flamígeras cruces del Ku-Klux-Klán. Rubias muchachas con la falda por la rodilla y medias de seda, melena corta y largos collares centelleantes, andan con gracia junto a hombres de cara marcada y sombrero flexible de ala ancha, híbridos de “condottiero” y “cow-boy”. La balbuciente radio de galena deja oír el sincopado ritmo del “charleston”, y la percusión del “jazz-band” se mezcla con el escape de los últimos Ford T. Sin embargo, bajo esta superficie brillante hay latente una generalizada mentalidad agresiva, inspirada por una auténtica filosofía de la violencia<sup>26</sup>. Una generación alegre y confiada pagará trágicamente su despreocupada alegría con la gran depresión económica, los campos de concentración y las trincheras.

A Kelsen le sucederá como a tantos, cuya figura paradigmática es Colón, que buscando algo encuentran otra cosa distinta, y a veces ni se dan cuenta. Por más que eludiera la palabra enjuiciamiento o juicio y que intentara diseñar una operación de lógica jurídica, desencarnada, la realidad se impuso y el personaje, como Galatea, adquirió vida propia, rebelándose contra su creador. La operación se quitó la careta y dejó al desnudo que se trataba de juzgar y la justicia se hace con hombres y mujeres, no con sombras platónicas. La persona, concepto jurídico axial, nace del proceso adonde se trasplanta desde el teatro, máscara de resonancia,

26. En el fondo de esta filosofía de la violencia se encuentra el culto al héroe, hijo del pensamiento romántico desde Carlyle a Wagner, con SCHOPENHAUER y NIETZSCHE (*Más allá del bien y del mal*). Henri BERGSON, autor de *La evolución creadora*, defiende un “misticismo vitalista” fundado en la “fuerza vital”, de la que la inteligencia es sólo una sierva; su obra hidráulica, según la humorística calificación de Ortega y Gasset, no apareció hasta 1932 (*Les deux sources de la morale et de la religion*). Una aplicación directa de la doctrina de Bergson fue intentada por Georges SOREL en sus *Reflexions sur la violence* (1908). Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *El Tribunal Supremo de la Hacienda Pública*, RAP n° 56, mayo-agosto 1968, págs. 123-189.

para hacerse oír de la gente. El Tribunal Constitucional recién nacido, legislador negativo con metáfora manida, lo que hace realmente es juzgar y legisla tan sólo en la misma medida en que se dice, también metafóricamente, que administran los jueces de lo contencioso-administrativo. Esta sustancia judicial marcará fatalmente su evolución, paralela, en cierto modo, a la de este orden judicial. Ahora bien, en un esquema tal, con una justicia ordinaria que enjuicie el caso concreto a la luz de la Ley, cuya constitucionalidad comprueba la justicia de este nombre, en un plano de abstracción, no son fácilmente imaginables encuentros, ni siquiera fricciones. En teoría son jurisdicciones paralelas que jamás se encontrarán en este mundo, aun cuando puedan hacerlo en el infinito del cielo de los conceptos.

#### 4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SE HACE JUSTICIA

Sin embargo, en este diseño tan nítido se producirá por inercia de la propia naturaleza del invento, una alteración cromosómica. El fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945, con el triunfo de los aliados por el empuje decisivo de los Estados Unidos de América, provoca una ola mimética del “way of life” norteamericano, como los cigarrillos rubios, las medias de nylon, las hamburguesas o la coca-cola, y de sus instituciones, como la legislación anti-trust y el sistema judicial. Resurge, nuevo Guadiana, la justicia constitucional a la europea y proliferan los Tribunales de tal tipo y denominación, italiano (1948), alemán (1949), turco (1961) y yugoslavo (1963).

Una segunda oleada traerá los de España (1978) y Portugal<sup>27</sup>, salidas ambas de los regímenes autoritarios paralelos casi a la vez. Una tercera extenderá la institución a otros países europeos

27. José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 20ª ed., Coimbra 1992, y *A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976*, Coimbra 1994.

(Bélgica, Polonia, Hungría) y de la América hispana<sup>28</sup>, el último de ellos en Bolivia a finales de noviembre de 1997<sup>29</sup>. El continente americano ha optado por el modelo europeo en un curioso fenómeno de mimetismo. Desde este “Brave New World”, en expresión de Shakespeare, la perspectiva ofrece matices muy característicos y sugiere alguna pregunta más retórica que otra cosa. Por ejemplo, en el desarrollo cultural y, sobre todo jurídico, de las Repúblicas hispanoamericanas han jugado dos factores no únicos pero sí preponderantes. Uno es su encuadramiento durante tres siglos en el ámbito de “las Españas” y en el conjunto de “los españoles de ambos hemisferios”, según la hermosa expresión de la Constitución de 1812 y otro, la “*vis atractiva*” del gran vecino del Norte, los Estados Unidos con su fuerza gravitatoria. No han faltado otras sangres y otras influencias aunque con menor intensidad. Ahora bien, los Tribunales Constitucionales iberoamericanos siguen el modelo austriaco o europeo, con doble jurisdicción, constitucional y ordinaria, abandonando el más próximo y primero de la jurisdicción única, nacido aquí. Yo me limito a preguntar, aunque no olvide el consejo de un experto abogado, según el cual sólo se deban hacer en un juicio aquellas preguntas cuyas respuestas se conocen de antemano: ¿Por qué? Quizá, aventuro, porque no se dan aquí las circunstancias que permitan la pujanza de lo judicial en ninguna de sus manifestaciones. El “habitat” no es propicio y los Tribunales Constitucionales sobreviven con dificultades inimaginables en aquel ultramar, con actitudes a veces heroicas<sup>30</sup>.

28. Louis FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, “Que sais-je”, Presses Universitaires de France, Paris 1986. Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

29. Según me informó el ex Presidente de la República, Paz Zamora, en la Universidad de Alcalá de Henares, con ocasión del II Encuentro Interreligioso, el mismo día de la aprobación por el Congreso.

30. Nada más expresivo que algunas palabras del Dr. Ernesto LÓPEZ FREIRE, a la sazón Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales de la



El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, cuya competencia en principio se constreñía, en lo que aquí importa, al recurso de inconstitucionalidad, sufre dos injertos. Uno, el control concreto de normas por reenvío de los jueces ordinarios (cuestión de inconstitucionalidad) que guarda un claro parentesco con su misión originaria y razón de ser, aun cuando signifique ya una desviación del diseño kelseniano<sup>31</sup>. Otro, lo que es un verdadero cuerpo extraño, introducido por vía legislativa, el “recurso constitucional” (“verfassungsbeschwerde”) que se constitucionalizará años después con ocasión de una reforma de la Ley fundamental<sup>32</sup>. La función de tal recurso no era otra sino el con-

República del Ecuador en su *Informe al H. Congreso Nacional 1994-1995*: “El Tribunal disminuido y debilitado sobrevive en precarias condiciones; persiste, entre otras razones, por el esfuerzo personal de sus miembros, cuya convicción democrática hay que enaltecer...” (pág. 6). “Es también debilidad actuar hermanado, por la voluntad errada del legislador a una Sala Constitucional de la Corte Suprema, cuyos principios rectores no son los mismos...” (pág. 10). También Raúl MOSCOSO ÁLVAREZ, *Apología del Tribunal de Garantías Constitucionales*. Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, Quito 1993.

En Guatemala dio ejemplo de valor y firmeza, en su momento, la Corte de Constitucionalidad. *El Golpe de Estado del 25 de mayo de 1993 y retorno a la institucionalidad, Documentos*, Guatemala, Centro América mayo de 1995. En la República del Perú, la Ley o Enmienda que prorrogaba el mandato del Presidente Ingeniero Alberto Fujimori quebró la unidad del Tribunal y dio ocasión a la que podríamos llamar la “crisis de las dos sentencias”. Sobre todo ello, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, editado por el Centro de Estudios Constitucionales de España.

31. Que “no encaja en el esquema kelseniano” lo avisó lúcidamente Francisco RUBIO LLORENTE, en *Síntesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, REDE n° 35 y en *La forma del Poder*, “Estudios sobre la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pág. 591.

32. Sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, Klaus SCHLAICH y Hans G. RUPP, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, págs. 133-232 y 319-412, respectivamente. José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, en la obra colectiva “El Tribunal Constitucional”, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 19 vol., págs. 1551-1570.



trol de la judicatura alemana, formada por jueces profesionales, muchos de los cuales habían ejercido su oficio durante el III Reich y se habían doblegado a sus dictados, como puso de relieve ya desde el principio el caso Van der Lubbe, incendiario del Reichstag, condenado a muerte y ejecutado en virtud de una ley penal “*ex post facto*”. Es fruto, pues, de la desconfianza, muy merecida, y recuerda, con algo de imaginación, a los “comisarios políticos” bolcheviques de la guerra civil rusa, colocados junto a oficiales del antiguo ejército zarista para vigilar su dudosa lealtad, original invento de Leon Trotsky que desaparecería con la II Guerra Mundial. Este recurso se da para cualquiera que se sienta lesionado por los poderes públicos en sus derechos fundamentales y, por tanto, su objeto son, en la gran mayoría de los casos, sentencias judiciales, convirtiendo al Tribunal Constitucional en Supremo, con funciones paracasacionales.

La cuestión de inconstitucionalidad, que introduce el caso concreto como factor desencadenante del juicio de constitucionalidad de la Ley, significa una trascendental variación cromosómica del sistema europeo de justicia constitucional, acercándolo a su modelo, el norteamericano. En esencia transforma en difuso el control concentrado y en concreto el enjuiciamiento abstracto, inyectando en vena los intereses subyacentes y con ello el carácter jurisdiccional —léase judicial para mayor claridad de mi pensamiento—. Los jueces, y sólo ellos, pueden suscitarlas. Ahora bien, un paso más allá, el recurso de amparo, que permite la impugnación indirecta de una Ley por inconstitucional con ocasión de los actos de los poderes públicos que la apliquen cuyo respaldo fuere aquélla, extiende así la legitimación activa a todos (ciudadanos o no), si bien dentro del perímetro de los derechos fundamentales especialmente protegidos. Lo meramente lógico o formal, deshumanizado, empieza así a materializarse, cobrando corporeidad y, en definitiva, a humanizarse porque “la vida del Derecho no es lógica, sino experiencia”, dicho en una de las muchas “joyas de cinco palabras” que cinceló un Holmes ya

octogenario, cuando necesitaba el brazo de su letrado para ir al Tribunal<sup>33</sup>. Todos los vivíparos tienden a regresar al útero materno. Lo que se pensó como un crucigrama se quita la máscara y muestra que es un “juicio” y así la justicia constitucional se hace justicia a secas.

## 5. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

Aunque pudieran rastrearse vestigios venerables en nuestra Historia, es un puro anacronismo convertirlos en antecedentes o ancestros de algo tan diferente y tan remoto que, en último caso, lo serían del recurso de amparo. Nada hay, en los textos ni en la jurisprudencia, que ponga en entredicho la palabra del Rey, únicamente enjuiciable a la luz de la palabra de Dios, como hicieron con decisión y profundidad los teólogos y juristas de la Escuela de Salamanca, en el siglo XVI, sobre los títulos de la presencia de España en las Indias y los derechos de los indígenas, donde yo veo la raíz de los derechos del hombre, pero sin la existencia de un instrumento institucional y de otro procesal para su exigibilidad. En Castilla, el pacto entre Rey y súbditos está latente desde el IV Concilio de Toledo (año 633, cánón 75), donde también cabe rastrear el derecho a fallos legales y el principio de igualdad, con el derecho de defensa y de contradecir directamente al demandante que se consagra en las Cortes de León de 1188. En la tierra vascongada, quiso encontrarse también el antecedente del “*Habeas corpus*” inglés en la institución del “*etxejaun*”, cabeza de familia y magistrado<sup>34</sup>. Mayor analogía guardan los procesos forales, con la firma de derecho y el fuero de manifestación, en el reino de Aragón y su Justicia Mayor respecto de la actual vía de amparo, que con esta raíz se implantaría

33. LERNER, ob. cit, pág. 78.

34. Jesús M<sup>a</sup> LEIZAOLA, *Contribución de los vascos a la formación y a la Ciencia del Derecho*, 1935.

en México por la Constitución de 1857 cuya subsistencia respetó la de 1917, obra del Congreso de Querétaro y que ha perdurado hasta hoy.

Puestos ya en el siglo XIX, y muy avanzado, es probable que en España, cuando se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial el mismo día de la apertura de los Tribunales el año 1870, se conociera ya la revisión judicial de las Leyes nacida en los Estados Unidos. No sé cómo ni cuándo ni a través de quién llegó la noticia. Su exposición no tiene cabida en los libros de la época sobre el Derecho Político. No se busque en Colmeiro ni en los demás<sup>35</sup>. No parece inverosímil, sin embargo, que Montero Ríos estuviera al tanto y que –incluso–, y esta profecía histórica es más arriesgada, que le gustara, pero de ahí a buscar y encontrarla en la Ley Orgánica en una hermeneútica rebuscada, hay un salto en el vacío, cuando ni siquiera estaba en la mente de los juristas de la época la impugnación directa de los reglamentos por ilegalidad. Conviene retrollevarse a la época y recordar que a la sazón no se daban entonces la admiración y el mimetismo de lo norteamericano que hoy son habituales. Aquel país se veía como lejano y extravagante, inferior intelectualmente y del que nada se podía aprender<sup>36</sup>. Lo meritorio es que Tocqueville superara estos prejuicios y su complejo de superioridad europeo. Lo normal era el desconocimiento más por desinterés que por menosprecio.

En cambio, entre quienes redactaron el proyecto de Constitución de la Primera República, en 1873, está claro que alguien conocía ya el invento norteamericano, pues en ese texto frustrado

35. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político*, Valencia 1983, pág. 337, menciona a “los autores del Federalista” con ocasión de la independencia judicial. Que yo sepa, es la primera cita de este libro en España.

36. En la época de la Guerra de Secesión, 1861-1865, “los militares europeos menospreciaban a sus colegas norteamericanos, considerándolos unos aficionados... Aquella contienda fue fructífera en experiencias militares de todo tipo sin que ningún Estado Mayor europeo se hiciera eco”. Gabriel CARDONA y Juan Carlos LOSADA, *Weyler, Nuestro hombre en la Habana*, Planeta, Barcelona 1997, pág. 35.



se pretendió establecer un Tribunal Supremo Federal, con tres magistrados por cada Estado de la Federación, a quien correspondería suspender los efectos de cualquier ley contraria a la Constitución dada por el Poder legislativo, mientras que el Senado tendría a su cargo, entre otras, la misión de examinar si las leyes del Congreso desconocían los derechos de la personalidad humana o de los poderes de los organismos políticos, o de las facultades de la Federación o del Código Fundamental (arts. 70, 73 y 77), y si creyera que se vulneraba alguno de estos aspectos podía también suspender la promulgación durante tres años, transcurridos los cuales habría de ser promulgada automáticamente. Sin embargo, el Poder Judicial retenía la competencia de declarar, en su aplicación, si la Ley era o no constitucional<sup>37</sup>.

Medio siglo después, en 1923, se quiebra el sistema constitucional canovista por un golpe de Estado y se instaura la llamada Dictadura del teniente general Miguel Primo de Rivera<sup>38</sup>. En esa década ya no será Marshall el modelo sino Kelsen, autor del sistema “austriaco” por haber nacido en Viena el primer Tribunal Constitucional, cuya influencia se hará notar en este régimen, sin llegar a fructificar y luego en la República. Así, en el anteproyecto de Constitución presentado a la Asamblea Nacional en 1929, durante el llamado Directorio Civil<sup>39</sup> se configuraba un Consejo del Reino, a quien se le encomendaría decidir, como órgano de justicia constitucional con jurisdicción delegada del Rey, los recursos de inconstitucionalidad de las leyes, que podrían interponerse en casos individuales y concretos de infracción constitucional o por inconstitucionalidad o ilegalidad de los

37. C.A.M. HENNESSY, *La República Federal en España*, “Pi y Margall y el Movimiento Republicano Federal”, Aguilar, Madrid 1966.

38. Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *La Revolución de 1868 y el Tribunal de Cuentas*, RdF y HP, n° 74, marzo-abril 1968, págs. 301-376.

39. M<sup>a</sup> Teresa GONZÁLEZ CALBET, *La Dictadura de Primo de Rivera. El Directorio Militar*, Ediciones El Arquero, Madrid 1987. M. GARCÍA CANALES, *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, C.E.C., Madrid 1980.



reglamentos o disposiciones de carácter general publicadas por el Poder Ejecutivo, cuya eficacia –si se declarase así– se limitaba al caso concreto, vedándose a los jueces ordinarios pronunciarse sobre estas cuestiones. Al mismo tiempo se configuraba un recurso de “amparo ciudadano” cuyo conocimiento se reservaba en un anteproyecto a unos Tribunales homónimos y en el proyecto a los ordinarios (arts. 45, 47, 93, 103...). El “jueves negro” de Wall Street, con la Gran Depresión y el eclipse de la monarquía el 14 de abril de 1931, dejarán el proyecto nonato.

Al advenimiento de la Segunda República, la Constitución de 1931 instaura un Tribunal de Garantías Constitucionales (arts. 95 y 161), que nacía con un defecto de origen o quizá más propiamente un exceso, su “talón de Aquiles”, la inapropiada y numerosa composición, con la circunstancia agravante del método de selección de sus vocales. Sin embargo, este es el único antecedente o más bien antecesor real de lo que hoy tenemos, creado “*ex nihilo*”, cuya instauración efectiva se demoró hasta el 20 de octubre de 1933. La composición anunciaba ya su suerte, o más bien su mala fortuna, su “*fatum*”. Estuvo formado por un número indeterminado de “Vocales”, con un mínimo de once, a cuya cabeza estaba su Presidente, que lo fue don Alvaro de Albornoz habiendo corrido el riesgo de serlo nada menos que don José Ortega y Gasset, dos natos, los Presidentes del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas y los demás electivos, dos Diputados, un representante por cada una de las Regiones españolas, dos Abogados elegidos por todos los colegios y cuatro Profesores de las Facultades de Derecho. Se excluyó deliberadamente de esta formación al Presidente y dos Magistrados del Tribunal Supremo que figuraban en el proyecto de Ley, por razones o motivos que convenían a cualquiera otro de los miembros pero que eran solo pretextos para encubrir, sin éxito, la desconfianza política. Esta exclusión se “revelaría como sumamente negativa” al igual que la condición lega y no letrada de muchos de los componentes, incluso la presidencia.

Su competencia privativa comprendía el reconocimiento de los recursos de inconstitucionalidad y de Amparo (con mayúscula inicial entonces) de garantías constitucionales, así como de los conflictos entre el Estado y una Región autónoma, o entre Regiones autónomas y entre el Tribunal de Cuentas y los demás organismos del Estado o de las Regiones autónomas, más la exigencia de responsabilidad al Presidente de la República, de las Cortes, del Consejo de Ministros y a éstos, al Presidente y Vocales del propio Tribunal de Garantías, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo, Fiscal General de la República, Presidente y miembros de los Gobiernos autonómicos, con otras de menor interés<sup>40</sup>. La traslación del enjuiciamiento de los aforados desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo, especializada en lo penal, a uno de extracción política y composición en parte ni siquiera letrada, dice mucho de las intenciones de los autores y poco de su sentido del Estado. Con errores de bulto en su configuración, imperdonables en un país europeo con mil años de Historia a su espalda, no era difícil ser profeta y predecir —como lo hizo Ruiz del Castillo— que “el horizonte de la institución no ofrece muchas posibilidades a construcciones briosas de la Jurisprudencia”. “Un Tribunal como éste, sólo puede funcionar en conexión con instituciones bien establecidas y en un ambiente de estricta legalidad. No es posible que esta pieza marche bien si los demás no realizan su función y si el Derecho no satura el conjunto institucional. La vida política inaugurada con la fórmula de 1931 tenía que asfixiar(lo)”<sup>41</sup>.

40. José Luis MEILÁN GIL, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española*, 1971. BASSOLS COMA, *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981.

R. M<sup>a</sup> RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías en la II República Española (1931-1936)*. Cruz VILLALÓN, ob. cit. págs. 301-340.

41. Carlos RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, *Manual de Derecho Político*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1936-1939, págs. 707-15.

En esta línea, el régimen autocrático anterior, con unas coordenadas políticas tan diferentes y tan alejadas de hoy, promulgó su séptima Ley Fundamental, Orgánica del Estado, en 1967, donde incluyó un recurso de “contrafuero”, equivalente a la inconstitucionalidad, con una terminología arcaizante acorde con otras piezas del régimen (Procuradores en Cortes, Fueros del Trabajo o de los Españoles), cuya decisión correspondía al Jefe del Estado (a la sazón con la “prerrogativa” de dictar leyes por sí, intransmisible al Sucesor), previa propuesta del Consejo del Reino (arts. 59-62) y para cuya regulación se publicó la Ley 8/1968, de 5 de abril<sup>42</sup>. Hubo también, que yo recuerde, la tentación de reproducir el amparo con el nombre de “recurso de desafuero”, aunque quizá el éxito de lo contencioso disuadiera a los valedores de la idea, no fuera que la gente lo utilizara y los jueces se lo creyeran.

Entre lo perdido en el tumulto estuvo la posibilidad de que la justicia constitucional se pusiera en manos de una Sala de tal nombre en el Tribunal Supremo, solución a la española preconizada en su momento por don Adolfo Posada<sup>43</sup> y por mí mismo, en una enmienda formulada al proyecto de Ley de Asociaciones en 1976. La triste y peligrosa experiencia sufrida hizo renacer el “recurso de amparo”, nombre que el reflujo del Atlántico devolvió a nuestras playas. Por otra parte, el precedente del mismo

42. Que yo recuerde sólo hubo un recurso de tal índole, contra el reglamento disciplinario de los funcionarios públicos. Jorge DE ESTEBAN, Santiago VARELA DÍAZ, Luis LÓPEZ GUERRA, José Luis GARCÍA RUIZ y Francisco Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, *Desarrollo político y Constitución española*, con prólogo de Manuel Jiménez de Parga, Ediciones Ariel, Barcelona 1973. Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, *La Constitución Española*, Editora Nacional, Madrid 1969. Dentro del mismo contexto pero muy anterior, Jaime GUASP, *La Justicia Constitucional en España*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, tomo X, enero-diciembre 1960, núms. 37 al 40, págs. 203-219, recogido en *Estudios Jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses Alonso, Editorial Cívitas, Madrid 1996, págs. 241-55.

43. Adolfo POSADA, *El régimen constitucional*, Madrid 1930 y *La reforma constitucional*, Madrid 1931. *La nouvelle* Tratado, v. II, págs 536 y ss,



Tribunal de Garantías Constitucionales y el modelo alemán propiciarán de consuno que se introduzca también entre nosotros la cuestión de inconstitucionalidad entre las competencias del Tribunal, si la plantea cualquier juez, por sí o a instancia de parte, cuando considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pudiera ser contraria a la Constitución (art. 163).

## 6. EL DÍA DE HOY

Vaya por delante el reconocimiento expreso, para dar a cada uno lo suyo, de que el Tribunal Constitucional de España ha dado, en conjunto, la respuesta adecuada al reto histórico que fue su razón de ser, en la terminología que popularizó Toynbee<sup>44</sup>. En verdad que la suerte del sistema democrático estaba ligada indisolublemente a su "*fatum*"<sup>45</sup>, como lo estuvo en sus balbuceos y lo sigue estando, a la Corona y, por fortuna para el pueblo español, unos y otros han cumplido con creces su misión. Aunque veinte años no sean nada para la edad del hombre y del mundo (y para el tango), permiten no obstante una cierta perspectiva, cuando por otra parte en ese período, con la intensa aceleración histórica de nuestro tiempo, se ha consolidado la alternancia de los partidos en el Gobierno y se han conseguido, con unos y otros, equilibrios parlamentarios muy positivos. En una mirada crítica, para no olvidar nunca que la democracia está hecha de

44. Arnold TOYNBEE, *A Study of History*, compendio de Somervell. "El gran acierto de Toynbee ha sido la implantación de la categoría reto-respuestas "Challenge-response" en el campo histórico, inspirada en el desafío de Mefistófeles a Dios". Prólogo de L. RODRÍGUEZ ARANDA, a "*El Mundo y el Occidente*" de Arnold Toynbee, Aguilar de Ediciones, Madrid 1953, págs. XIV y XV.

45. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, "Revista Española de Derecho Constitucional" n° 1, 1981, pág. 36.



razón y de pasión, pero no de adhesiones ciegas y fanáticas a nada ni a nadie, conviene antes de seguir que dejemos en su sitio al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aun cuando su experiencia y ejemplo sean siempre útiles porque allí cuajó el invento, pero sin llevar la imitación o las comparaciones más allá de su propio significado didáctico<sup>46</sup>. Tiempo y espacio son distintos. Allí nació la revisión judicial de las Leyes y de los actos del Gobierno como un instrumento del federalismo para contrarrestar las tendencias centrípetas de quienes entonces se agrupaban. El Tribunal no lo utilizó contra el Congreso en el medio siglo siguiente hasta el caso “Dred Scott” en 1857, que destruyó el “compromiso de Missouri”, porque convenía impulsar la expansión de un poder nacional, centrípeto, favorable al mercado único y, en cambio, se utilizó en muchas ocasiones contra los poderes estatales<sup>47</sup>.

En España la situación, sin llegar a invertirse, es muy distinta. Viejo país en un viejo continente, había conseguido hacía 1500 la unidad bajo el cetro de los Reyes Católicos, unidas pero no confundidas las Coronas de Castilla y de Aragón, con la conquista de Granada, por el acero y la anexión de Navarra por la coyunda, unidad que evolucionaría hacia la unificación con Felipe II, la uniformidad con Felipe V y los Decretos de Nueva Planta a principios del siglo XVIII, hasta imponerse en el siguiente la centralización al modo napoleónico por obra del liberalismo y desembocar en la parodia de la España “una”. Sin

46. La evolución viva del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a lo largo del siglo XX puede contemplarse en “Honorable Justice”, la biografía de O.W. Holmes escrita por NORVICH para las tres primeras décadas; “Nine Scorpions...” de LERNER, para el tramo siguiente hasta la presidencia Warren, Burger y Rehnquist; “The Brethren” de WOODWARD para 1969-1975 y “Turning Right” de SAVAGE, 1986-1992, la presidencia Rehnquist. También “*History of the Supreme Court of the United States*”.

47. Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 20ª ed., “A Touchstone Book”, Simon & Schuster, Nueva York 1985, págs. 122, 133 y 345.

embargo, por debajo de ese proceso que navegaba desplegadas las velas al viento de la Historia, son constantes los fenómenos que dan testimonio de otras fuerzas e impulsos subyacentes. Las Comunidades en Castilla, las Germanías en Valencia, la Guerra de Cataluña bajo el Conde-Duque, la misma Guerra de Sucesión, las guerras carlistas a lo largo del siglo XIX y la Civil en el XX ponen de manifiesto no ya la heterogeneidad de los pueblos de España, sino su deseo de adquirir voz propia en el concierto. Así llegamos al siglo que se acaba de ir, en cuyo convulso acaecer está latente la tensión o el binomio unidad-diversidad. Para decirlo sin precisión pero con expresividad, así como el federalismo en América llevaba consigo la idea de unión, en cambio el desguace de un Estado unitario con cerca de tres siglos de existencia, lleva consigo gérmenes de desunión y vientos de separatismo.

El desafío para el Tribunal Constitucional español consiste, pues, en dar solución a ese problema, saliendo de la homogeneidad para conseguir que las partes expliquen el todo, y la estructura sea así un modo de conocimiento con significado trascendente. En muchos puntos sus líneas directrices pueden coincidir con las trazadas por el norteamericano, aunque desde perspectivas opuestas. Por ejemplo, ambos Tribunales han sido inexorables a la hora de diseñar un mercado único como infraestructura de la unidad real o material, pero aquel lo crea "*ex nihilo*" mientras el otro brega por conservar el preexistente, obra de casi cinco siglos.

El sistema de justicia constitucional de tal guisa configurado es por sí mismo conflictivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su primera etapa fue muy positiva y nadie sino él hubiera podido hacerlo allí y entonces, pero para ello invadió en muchas ocasiones el campo natural del Poder Judicial, cuyos componentes callaron por un complejo de culpabilidad bien ganado. La invasión se hizo, con prejuicios antijudicialistas fácilmente identificables, a través del cánón o de la piedra de toque de la motivación como vestidura de todas las sentencias judiciales

(art. 120.3 C.E.) y de la consistencia de su razonamiento jurídico, que en la cuestión de inconstitucionalidad se arroja como “juicio de relevancia”. No es de recibo, en buena lógica, comprobar que se ha argumentado la respuesta judicial a través de un discurso plasmado por escrito con mayor o menor extensión y luego negar que existe “motivación” porque no es “razonable”, es decir porque no compartimos su hilo conductor ni sus conclusiones. En suma, porque no nos gusta. Esta tendencia “activista” por razones históricas ha durado con intensidad decreciente hasta 1992, mientras estuvo “la vieja guardia” de sus magistrados. A partir de aquel año, y los que han transcurrido, se inició la autolimitación (“self restraint”), antes de que el Supremo se quejara, hasta su culminación en la Sentencia 37/1995 y el Auto 87/1995<sup>48</sup>.

No voy a insistir en los aspectos fenoménicos de la justicia constitucional. Hay dos zonas críticas, una cuantitativa y otra cualitativa. De una habló Fernando Garrido Falla y de la otra traté yo en la sede del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México a finales del mes de mayo y luego en la Universidad Andina, en Quito, en los primeros días de Agosto del año 2000. Es de todos sabido que nos llega mucho papel –tanto como al Tribunal Supremo de los Estados Unidos– y están en la calle el agobio y el retraso creciente que inciden en la calidad del producto, porque el bosque no deja ver los árboles. No voy a hablar de los posibles o imposibles remedios, que dependen casi todos del propio Tribunal, como he dicho y escrito en estos años, no sólo del legislador. Hay que invertir el método de selección de los asuntos y los criterios para ella, configurando la “trascendencia constitucional” en función de sus coordenadas, no sólo temporal y espacial sino sociológica, para marginar lo nimio o lo inoportuno. No nos valen atractivos planteamientos académicos, teóricos en suma, sin

48. Ponente Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE, *El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional*, Actualidad Administrativa n° 14/95, págs. 751-761.



reflejo en la sociedad de hoy. Por otra parte, habría que agilizar el despacho. Doctores (y muchos) tiene el Tribunal.

## 7. UNA MIRADA AL FUTURO

No hay una sola manera de configurar el Estado de Derecho en un sistema democrático. En una necesaria simplificación con fines didácticos puede esculparse en nuestro contexto geográfico e histórico dos modelos muy individualizados. En Francia dentro del régimen de separación de poderes se da un predominio del Ejecutivo sobre los demás, como pone de manifiesto la sumisión del legislativo (sistema parlamentario) ya que la Asamblea es emanación del Gobierno y no al revés. El Poder judicial no existe —“*autorité judiciaire*”—, no hay Tribunal Supremo ni Constitucional sino remedos y fragmentados: Tribunal de Casación, Consejo de Estado y Consejo Constitucional, entre otros. El Tribunal Supremo en Francia es el pueblo, dijo De Gaulle. Los principios organizativos son la disgregación jurisdiccional y la colegiación de los órganos judiciales. En el proceso penal la vara alta está en posesión del Fiscal, el Magistrado del Parquet que lleva con correa y bozal al Magistrado “*du siège*” o estrado, hasta el punto que el simple intento de dotar a aquel de cierta autonomía respecto del Ministro de Justicia ha sido calificado por la “*gauche divine*” como “*coup d’Etat*” y ha fracasado. A su vez, el modelo o tipo “judicialista” ha alcanzado su cota más alta en Estados Unidos, cuyo Tribunal Supremo se ha convertido en “el más poderoso del mundo”. Desde 1803, como se vio más atrás o más arriba, implantó la revisión judicial de las Leyes y de los actos del Gobierno, erigiéndose en juzgador de los otros dos Poderes. La jurisdicción es única y universal.

La Constitución española ha optado por un Estado judicial de Derecho acorde con nuestra idiosincrasia y nuestra tradición. El principio organizativo es la unidad de jurisdicción y todos los



Poderes entran en su ámbito. El Ejecutivo desde 1956 tiene como juez ordinario o natural a la jurisdicción contencioso-administrativa pero está sometido a todas (art. 106), al igual que lo está el Poder Legislativo en terrenos que le estuvieron otrora vedados al Judicial, como la validez de las actas en el proceso electoral (art. 70.2 C.E.) o los actos en las Mesas sometidos al control contencioso-administrativo (STC 149/2000 sobre el art. 21 de la Ley Electoral) y al Tribunal Constitucional en el resto de sus funciones, a través de las distintas vías procesales en temas tan privativos como la autorización para procesar a los parlamentarios por razón de delitos cometidos durante su mandato o la declaración de urgencia para la tramitación de los proyectos de ley (STC 234/2000, de 3 de octubre de 2000, en conflicto entre Órganos Constitucionales del Estado).

En otro aspecto, los Tribunales Constitucionales de nuestro continente están sufriendo ya una primera pero doble agresión desde la dimensión supranacional. Por una parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, encuadrado en el Consejo de Europa, es en ella el más calificado guardián de aquellos y sus sentencias tienen eficacia vinculante para los Tribunales de cada Estado. En España así lo impone nuestra Constitución en el art. 10.2 que la configura como directriz o criterio orientador. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sito en Luxemburgo, tiene primacía y eficacia directa en todos los países componentes cuando interpreta los Tratados, que actúan como una super-Constitución y el Derecho derivado. Su tendencia, expansiva e imparable, va necesariamente a contracorriente de la justicia constitucional, por más que los Tribunales se embocen en sus togas y pretendan no ver la realidad.

En el túnel del tiempo, como empecé, pero ahora hacia adelante y hacia arriba, yo veo, a largo plazo y cuando las circunstancias lo permitan, una vuelta al invento original. Con las cautelas propias de todo vaticinio –ningún oficio más arriesgado

que el de profeta, salvo el de historiador— me parece que la fuerza centrípeta de la idea de justicia constitucional, favorecida por la idiosincrasia del pueblo español, monárquico y judicialista, producirá en este aspecto una evolución paralela a la que se produjo en el ámbito de lo contencioso-administrativo. Yo veo en ese horizonte lejano el Duomo, la cúpula de un nuevo Gran Tribunal cuya arquitectura contendría por fusión los que hoy llevan los nombres de Tribunal Supremo y de Tribunal Constitucional. No puede subsistir el monstruo de dos cabezas que otrora pudo ser la solución posible a una aporía histórica. Ese Gran Tribunal tendría otra composición y su función, decir la última palabra en su doble dimensión constitucional y legal para hacer justicia, habría de ser instrumentada con una nueva partitura. Es necesaria la imaginación, esa imaginación al Poder que pedían a gritos los estudiantes en 1968, y que nadie suele reconocer cuando la ve. Un Tribunal Supremo, como el nuestro, con sesenta o setenta magistrados, está más cerca de una convención que de un pretorio y como tal se convierte en un monstruo. Ya sé que hubo un tribunal de los quinientos pero así le fue. A partir de cierto número de miembros, los tribunales —como cualquiera otros grupos humanos— se disocian en subgrupos y cambian de sustancia. Un Tribunal no debe tener más de quince jueces y composición siempre impar para evitar el voto de calidad, el doble voto presidencial, en caso de discordia. El ámbito de su competencia iría encaminado a conseguir su función directiva en el plano de la constitucionalidad y en el plano de la legalidad. Conocería en única instancia y en pleno, del recurso de inconstitucionalidad de las leyes y de los conflictos entre instituciones constitucionales y en última, de las cuestiones de inconstitucionalidad, que se articularían a la inversa de como lo están ahora, permitiendo a los Jueces y Tribunales dictar Sentencia con fundamento en la eventual inconstitucionalidad de un precepto con recurso automático ante el Gran Tribunal cuando se declare así. Las Salas, tres, una para el Derecho Público, otra para el Penal y

la tercera para el Privado, tendrían a su cargo los recursos de amparo y los de casación para unificación de doctrina. El puesto de magistrado quedaría desvinculado de la carrera profesional de origen, sin duración prefijada pero con un tope por edad para el retiro o jubilación y para la elección se jugaría con listas o nóminas de juristas, preparadas anualmente por los Cuerpos Colegiadores con audiencia de los Colegios de Abogados y Procuradores y de las Facultades de Derecho.

Las demás modalidades de la casación y cualesquiera otras atribuciones, incluso todas las que hoy ejerce en única instancia, se desconcentrarían en los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional que conocería de los conflictos entre órdenes jurisdiccionales o con la Administración, el *exequatur* para cumplimiento de Sentencias y de laudos extranjeros y de todos los demás juicios en única instancia, incluidos los aforados. Los Tribunales Superiores de Justicia, a través de las Salas "*ad hoc*" resolverían los recursos de casación. Las Audiencias Provinciales, o no, tendrían Salas de lo Civil, de lo Penal y de lo Contencioso-administrativo, con una configuración parecida a las que ahora tienen las homónimas existentes. Finalmente, el Fiscal se haría cargo de la instrucción penal, con reforzamiento de su independencia y bajo el control de los jueces a la hora del procesamiento y de las medidas cautelares.

No es una utopía. No es imposible. Ni siquiera es difícil.